

BRUNO JUGEND

**A PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA.**

BACHARELADO EM DIREITO

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
CURITIBA – 2006**

BRUNO JUGEND

**A PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann.

**CURITIBA
2006**

SUMÁRIO

RESUMO.....	1
INTRODUÇÃO.....	2
1 PRISÃO PREVENTIVA.....	3
1.1 Princípios da prisão preventiva.....	3
1.1.1 Princípio da necessidade.....	3
1.1.2 Princípio da adequação.....	5
1.1.3 Princípio da proporcionalidade.....	6
1.2 Medidas cautelares em espécie.....	8
1.2.1 Prisão preventiva em sentido estrito.....	8
1.2.1.1 Pressupostos.....	9
1.2.1.1.1 O Fumus Comissi Delicti e o Periculum Libertatis.....	9
1.2.1.1.2: Pressupostos probatórios.....	10
1.2.1.1.2.1: Certeza de materialidade.....	10
1.2.1.1.2.2: Indícios suficientes de autoria.....	10
1.2.1.1.3: Pressupostos cautelares.....	11
1.2.1.1.3.1: A garantia da ordem pública.....	11
1.2.1.1.3.2: A conveniência da instrução criminal.....	11
1.2.1.1.3.3: Asseguração de eventual pena.....	12
1.2.1.1.3.4: A garantia da ordem econômica.....	12
1.2.1.2: Fundamentação da decisão.....	14
1.2.1.3: Duração da medida.....	15
2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	16
2.1 Considerações iniciais.....	16
2.2 Aspectos históricos.....	16
2.2.1 Origem histórica.....	16
2.2.2 O debate das escolas penais.....	17
2.3 A presunção de inocência nos documentos internacionais.....	20
2.4 A Presunção de inocência na Constituição Brasileira de 1988.....	21
2.5 A presunção de inocência e sua relação com a prova no processo penal.....	22
3 PRISÃO PREVENTIVA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	24
3.1 Considerações iniciais.....	24

3.1 A garantia da ordem pública.....	24
3.2 A cautela instrumental.....	26
3.3 A cautela final.....	27
3.4 A lei de crimes hediondos.....	28
3.5 O estatuto do desarmamento.....	30
3.6 A prisão cautelar injusta e sua reparação.....	30
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	34

RESUMO

Este trabalho aborda aspectos da prisão preventiva; seus princípios, fundamentos e pressupostos bem como o princípio da presunção de inocência; histórico, presença em documentos internacionais, sua relação com a prova; para depois comparar os momentos de conflito entre os dois dispositivos. A importância da análise comparativa se dá pela gravidade de uma prisão preventiva, devendo estar sempre pautada por critérios cautelares justos e coerentes. A forma displicente que a jurisprudência e a legislação encaram princípios constitucionais relacionados à matéria, fundamentalmente a presunção da inocência, também constitui objeto de crítica deste estudo.

Palavras chave: presunção de inocência, prisão preventiva, medidas cautelares, estado de inocência, custódia cautelar.

INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência está expressamente consagrado dentro da Constituição Federal de 1988, pois esta estabelece no seu art. 5.º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Muito embora este preceito não se trate de inovação em nosso ordenamento jurídico, conquanto cartas constitucionais anteriores previam direitos e garantias compatíveis com o princípio, o destaque que recebeu dos constituintes denota uma clara opção por um processo penal preocupado com os direitos e garantias do cidadão.¹

Não há dúvidas de que o texto constitucional optou por elencar os direitos fundamentais do homem como forma de transformá-los em alicerces fundamentais do ordenamento jurídico. O princípio da presunção de inocência é uma das principais garantias do acusado no processo penal. Entretanto, a realidade social brasileira coloca em xeque a eficácia do princípio. A criminalidade assola o território brasileiro de maneira implacável estimulando no cidadão a sensação de total insegurança. Como consequência do sentimento de medo generalizado, a sociedade protesta pelo reforço do aparato repressivo do Estado.

O clamor por políticas criminais mais eficientes e principalmente por punições mais duras conduziu o legislador a adotar um discurso político a favor da repressão, em detrimento das garantias processuais e constitucionais do acusado. Assim, nos parece que a elevação da presunção de inocência a um patamar constitucional corre o risco de cumprir apenas um caráter político-retórico com a função de iludir o cidadão com a idéia de que o acusado será sempre considerado inocente antes que transite contra ele uma condenação definitiva.²

Do contraste evidente entre os anseios da sociedade por uma repressão eficaz contra a criminalidade e o direito do acusado à realização do devido processo legal surge a proposta de apresentação deste trabalho. Uma análise do conflito entre a possibilidade processual de restrição da liberdade antes da condenação definitiva do acusado e o princípio da presunção de inocência.

¹ Gomes Filho, Antônio Magalhães, **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.1.

1 – PRISÃO PREVENTIVA

1.1 – Princípios da prisão preventiva

“Com os objetivos primários de impedir que se prive inutilmente a liberdade do indivíduo e de que qualquer limitação deva ser não só socialmente necessária mas também suportável e, ainda, de que a coação opere somente onde se demonstre presente uma margem de rigorosa indispensabilidade, a doutrina e a jurisprudência alienígenas desenvolveram parâmetros aplicativos interdependentes, convencionalmente qualificados como princípios da **necessidade, adequação e proporcionalidade** (...)”³

Todos os princípios acima elencados decorrem do princípio constitucional da presunção de inocência. Em virtude da existência destes referenciais, as medidas cautelares previstas atacam de maneira menos danosa os direitos fundamentais do acusado. Ainda, estes princípios são responsáveis por resolver, junto ao poder discricionário do juiz, o conflito entre cautela e garantia.

Muito embora estes princípios não estejam previstos expressamente na legislação infraconstitucional, sua aplicação é possível, pois decorrem do princípio da presunção de inocência previsto na Carta Magna brasileira. Dessa forma, além de se aplicarem e moldarem o poder discricionário do juiz, devem ser respeitados também pelo legislador.

1.1.1 – Princípio da necessidade

Conquanto o princípio da necessidade não esteja expressamente previsto no direito positivo nacional, não há quem negue sua evidente aplicação no processo penal cautelar. Apregoa este instituto que as medidas cautelares devem ser decretadas quando absolutamente imprescindíveis para a condução do processo. Ou seja, a excepcionalidade da medida cautelar corresponde imediatamente a sua real necessidade de decretação.

² Cardoso Cunha, Rosa Maria, **O caráter retórico do princípio da legalidade**, Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 125.

Francesco Carrara, em marcante passagem da sua obra justifica a restrição da prisão cautelar à sua extrema necessidade:

A prisão antes da condenação é sempre uma injustiça e não raramente uma crueldade, porque por suspeitas falazes ela se decreta, levando assim a perturbação ao seio de uma família (...) Acresce que a prisão preventiva, principalmente com a mania de decretá-la por simples suspeita, é uma poderosa causa de desmoralização. Desmoraliza por natureza própria, porque deprime e abate o sentimento pessoal de quem, depois de haver levado uma vida honesta, se vê vítima de um labéu imerecido, sente-se decaído na opinião de seus concidadãos, adquire ódio à sociedade, familiariza-se com a prisão e, em suma, destrói a confiança na vida ilibada. Desmoraliza pela forma por que é praticada, porque, em geral, atira-se um simples indiciado ao cárcere promíscuo (...) Se, como dizem, é um mal necessário, sejam os casos restritos e reduzidos dentro dos limites da **mais restrita necessidade** e ordenando-se de modo a não ser um tirocínio de perversão moral.⁴

No ordenamento nacional, assevera José Laurindo de Souza Netto: “A exceção do recolhimento prévio só tem agasalho na legalidade quando, motivadamente, demonstra o magistrado com embasamento fático e jurídico a **necessidade** de restringir o *ius libertatis*”.⁵

Cumprir observar que a medida cautelar pode adequar-se inicialmente ao princípio da necessidade, mas, ao longo do processo, deixar de corresponder às condições que levaram a sua decretação. Obviamente, em situações como esta, é obrigatória a extinção da medida. Ou seja, o dito princípio tem “operatividade que pode ser antecedente, subsequente ou mesmo contemporânea à cautela, tomada esta como referente: decreta-se, mantém-se ou, se revogada, se decreta novamente a medida somente quando o conjunto circunstancial demonstrar sua imprescindibilidade”.⁶

Na carta constitucional de 1988 consta referência indireta ao princípio da necessidade como se pode concluir ao interpretar o art. 5º, inciso LXVI⁷. Se a

³ Câmara, Luiz Antônio, **Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**, Curitiba: Juruá, 1997, p. 84.

⁴ Francesco Carrara apud Câmara, Luiz Antônio, op. cit. p. 88 (grifos nossos)

⁵ Souza Netto, José Laurindo de, **Processo penal: sistemas e princípios**, Curitiba: Juruá, 2003, p. 162. (grifos nossos)

⁶ Câmara, Luiz Antônio, op. cit., p. 91.

⁷ O inciso prevê o seguinte: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

liberdade provisória deve ser imposta sempre que a lei a admitir, pode-se concluir que esta liberdade deve ser concedida sempre que a cautelaridade não se mostrar necessária.

Em virtude do que expõe o princípio da necessidade a lei prevê taxativamente as condições e pressupostos pelos quais é possível a decretação da gravosa medida. Logo, no ordenamento nacional, conforme previsto no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá incidir quando existentes provas da ocorrência do crime, indícios suficiente de autoria (pressupostos probatórios) e que a sua decretação se valha de razões ligadas à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (pressupostos cautelares).

Muito embora em muitos casos estejam presentes os requisitos probatórios, quais sejam a certeza de materialidade e indícios suficientes de autoria, deve-se verificar se os pressupostos cautelares coexistem na hipótese de decretação da medida. Ou seja, conquanto o *fumus commissi delicti* esteja presente, em várias situações não se constata o *periculum libertatis*, pois não se demonstra que o acusado irá incorrer em quaisquer dos pressupostos cautelares. Em casos como este, é incabível a decretação da custódia preventiva.

1.1.2 – Princípio da adequação

A partir do momento que se comprova a real necessidade da cautela, faz-se preciso determinar qual das medidas cautelares previstas no ordenamento se apresenta mais adequada para o caso em questão. Dessa forma, deve-se considerar adequada a medida que se prove suficiente para inibir o perigo que suscitou a imposição da prevenção.

Neste ponto, muito mais notadamente do que em qualquer outro, percebe-se a escassez de medidas apontadas pelo código de processo pátrio. Em muitos casos não existe medida que se ajuste aos propósitos instrumentais do processo sem que, de forma violenta, ataque a liberdade do acusado. O legislador brasileiro comporta-se de maneira visivelmente insatisfatória ao não elaborar opções para que o

magistrado possa decretar medidas cautelares que correspondam ao limite da necessidade processual e à liberdade do acusado.⁸

1.1.3 – Princípio da proporcionalidade

De acordo com o princípio da proporcionalidade, a medida cautelar que será adotada contra o acusado deve guardar proporcionalidade com eventual e previsível sanção que sobrevenha ao fim do processo. Neste caso, novamente, faz-se notar a precariedade de opções cautelares a disposição do magistrado no ordenamento pátrio. Isto porque ou o juiz determina a prisão preventiva do acusado ou o coloca em liberdade provisória. Dessa forma, inexistindo previsões intermediárias entre estas duas hipóteses, o julgador muitas vezes se vê impossibilitado de corresponder a este princípio.

Nesta mesma linha, nos ensina o professor Paulo Rangel: “A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido.”⁹. O professor acrescenta, exemplificando: “(...) admite-se prisão preventiva em um crime de furto simples? A resposta é negativa. Tal crime, primeiro, permite a suspensão condicional do processo. Segundo, se houver condenação, não haverá pena privativa de liberdade face à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Nesse caso, não haveria homogeneidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida. O mal causado durante o curso do processo é bem maior do que aquele que, possivelmente, poderia ser infligido ao acusado quando de seu término.”¹⁰

Dessa maneira, por ânimo deste princípio, pode-se considerar condição indispensável para o recolhimento preventivo do acusado que exista previsível condenação. Ainda, faz-se necessária a projeção, caso a advenha a condenação, de

⁸ Entretanto, o anteprojeto publicado em 16/03/1994 prevê alterações e medidas que substituiriam a prisão preventiva: apresentação semanal em local determinado, proibição, sem autorização judicial, de ausentar-se da comarca ou seção judiciária por mais de oito dias, do país e da residência (salvo para exercer funções relativas ao trabalho).

⁹ Rangel, Paulo **Direito Processual Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 596.

que o regime de cumprimento da execução comportará a prisão do acusado. Toda essa análise é imprescindível, pois a proporcionalidade, conforme nos esclarece Julio Maier ¹¹, se refere tanto à quantidade quanto à qualidade da pena.

Poderia-se dizer, com base na análise aqui realizada, que a aplicação deste princípio, visto que o juiz deve antever a condenação para correspondê-lo, importaria em execução antecipada da pena, ocorrendo inclusive ofensa direta ao princípio de presunção da inocência. Todavia, este possível conflito demonstra-se falso, pois o objetivo máximo do princípio da proporcionalidade é evitar o abuso do aparato repressivo impedindo que se tolhe a liberdade do indivíduo injustamente. De forma alguma isto poderia implicar em reconhecimento antecipado da culpabilidade.

Deve-se esclarecer, pois esta dúvida naturalmente poderia ocorrer conforme o estudo produzido, que em hipótese alguma o princípio da proporcionalidade implicaria em imposição da medida cautelar. Lembremos que este princípio não atua como fundamento solitário na aplicação da cautela. Toda hipótese em que a proporcionalidade atue como correspondente à sanção cautelar, deverá se verificar a **necessidade** desta. Ou seja, caso se verifique positivamente a probabilidade do encarceramento do indivíduo durante a execução da pena, para se consumir a possibilidade de cautela devemos analisar se esta é imprescindível ao processo: os princípios da proporcionalidade e da necessidade atuam em conjunto.

Ainda, cumpre observar que o juízo de proporcionalidade registrado pelo julgador deverá se basear em parâmetros igualmente proporcionais. Senão vejamos: não poderá o juiz utilizar como critério o limite máximo da pena para concluir que a medida cautelar é cabível. Deverá sim, projetar qual a pena que provavelmente possa ser aplicada e com base neste juízo cognitivo decidir se a cautela se encaixa no caso analisado.

Em suma, baseado no princípio da proporcionalidade, a medida cautelar deverá ser expressão do raciocínio antecipatório do juiz, de modo que seja proporcional ao regime de pena correspondente a sanção prevista. Logo, levando-se em consideração as normas penais em vigor e a verificação de grave possibilidade de condenação, projetada a quantidade hipotética de pena, fixar-se-á a medida cautelar proporcional a este raciocínio.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Maier, Julio **Derecho Procesal Penal.Tomo I: Fundamentos**. 3ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p.162/163.

1.2 – Medidas cautelares em espécie

Como já pudemos afirmar anteriormente, o legislador brasileiro produziu um elenco de medidas cautelares muito reduzido para as necessidades sócio-políticas do país. Inexistem opções intermediárias para que o magistrado possa decretar cautela sem ter de encarcerar o acusado. Entretanto, dentre as possibilidades de custódia o ordenamento prevê as seguintes formas: **prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão temporária, prisão decorrente de pronúncia** e por fim, **prisão decorrente de sentença condenatória não transitada em julgado**.

Por razões metodológicas, trataremos neste trabalho exclusivamente da prisão preventiva em sentido estrito.

1.2.1 – Prisão Preventiva em sentido estrito

Cuida-se aqui da prisão preventiva *stricto sensu*, pois, a rigor, toda prisão que anteceda a condenação definitiva é de natureza preventiva ¹². Conforme Julio Fabbrini Mirabete, a prisão preventiva em sentido estrito “é uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança”. ¹³

É evidente que a custódia preventiva do acusado encontrará justificativa somente quando robustas provas indiquem que ao final do processo haverá condenação inequívoca. Os males causados pelo cárcere antecipado são inúmeros¹⁴ e a preocupação doutrinária a este respeito é vasta. No entanto, a prisão preventiva se vê presente na extensa maioria dos ordenamentos jurídicos e é quase unânime a opinião de que se trata de um mal necessário.

Dessa forma, a legislação prevê condições e hipótese em que poderá incidir a medida, determinando seus pressupostos autorizativos.

¹² Tourinho Filho, Fernando da Costa, **Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3, p. 471

¹³ Mirabete, Julio Fabbrini, **Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 1998, p. 384.

¹⁴ A propósito da passagem de Carrara transcrita na p. 3 deste trabalho.

1.2.1.1 – Pressupostos

Qualquer medida cautelar adotada no processo penal está sujeita a diversos pressupostos. No que se referem à prisão preventiva eles estão divididos em duas categorias: os pressupostos probatórios e os cautelares.

1.2.1.1.1 – O *Fumus Comissi Delicti* e o *Periculum Libertatis*

A doutrina tradicional coloca como requisito e fundamento das medidas cautelares o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, conceitos extraídos e transportados do processo civil diretamente para o processo penal. Nos parece, contudo, que esta denominação revela-se equivocada no tratamento das cautelas penais.

Ao se afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris* está se incorrendo num erro tanto semântico quanto jurídico, pois como pode se sustentar que um delito seja a fumaça do bom direito? O delito é justamente a negação do direito.¹⁵ Há que se falar sim em *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade de ocorrência de um delito - que é o verdadeiro requisito para a decretação da custódia cautelar. Dentro da sistemática do Código de Processo Penal este requisito se traduz na prova de existência de um crime e indícios suficientes de autoria.

Já no tocante ao *periculum in mora*, o fator determinante não é o tempo, mas sim a “situação de perigo criada pela conduta do imputado”.¹⁶ O risco de que não venha a se aplicar a pena ou que a instrução do processo seja perturbada pelo acusado decorre da sua situação de liberdade. Logo, deve-se falar em *periculum libertatis*, “enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado”.¹⁷

¹⁵ Lopes Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p 189.

¹⁶ Ibidem, p. 190.

¹⁷ Ibidem.

1.2.1.1.2 – Pressupostos probatórios

Conforme estabelece o código de processo penal no seu artigo 312 os pressupostos probatórios indispensáveis à decretação de custódia cautelar são a **“prova de existência do crime”** e **“indícios suficientes de autoria”**. Como muito bem nos ensina Espínola Filho, “a medida se autoriza quando há prova de existência material da infração e quando os indícios apontem, seriamente, o inculcado como seu autor”.¹⁸

1.2.1.1.2.1 – Certeza de materialidade

A primeira das condições diz respeito à prova da materialidade do delito. É imprescindível que exista prova incontestável de ocorrência da infração, a mera suspeição de que foi cometido delito não autoriza a medida cautelar. A redação legal não deixa margem a interpretações, “a lei exige prova da existência do crime. Não basta, pois, mera suspeita. É preciso haja prova da materialidade delitiva¹⁹”. Quanto a este respeito cabe salientar interessante observação de Luiz Antônio Câmara: “De ver, inclusive, que se a **tipicidade aparente** autoriza a instauração da persecução criminal, através da abertura de inquérito policial, o mesmo não ocorre com relação à instauração de ação penal (...) e, ainda com mais razão, não autoriza possa a autoridade respectiva exarar decreto cautelar tendente a restringir a liberdade do acusado²⁰”.

1.2.1.1.2.2 – Indícios suficientes de autoria

Em segundo lugar, a lei exige como pressuposto probatório para admissão da medida cautelar a constatação de indícios contundentes de autoria. Ou seja, comprovada a materialidade delitiva é preciso identificar o provável autor do crime, não alguém sobre quem se recaiam suspeitas fugazes, mas sim o indivíduo que muito possivelmente cometeu o delito. Contudo, não se exige prova indiscutível da autoria como atestou o ministro Sepúlveda Pertence relatando recurso de *habeas*

¹⁸ Espínola Filho, Eduardo, **Código de processo Penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 350.

¹⁹ Tourinho Filho, Fernando da Costa, op. cit., p. 480.

corpus: “(...)”indício de autoria”, locução na qual “indício” não tem o sentido específico de prova indireta - e eventualmente conclusivo - que lhe dá a lei (C.Pr.Pen., art. 239), mas, sim, apenas, o de indicação, começo de prova ou prova incompleta: existente um indício, só a contraprova inequívoca ou a própria e gritante inidoneidade dele podem elidir a legitimidade da prisão preventiva que nele se funda”.²¹

1.2.1.1.3 – Pressupostos cautelares

A verificação positiva dos elementos probatórios na matéria processual analisada, por si só, não autoriza a decretação da medida cautelar. Em conjunto com estes elementos devem ser analisados os pressupostos cautelares: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, assecuração de eventual pena e garantia da ordem econômica, este último introduzido no Código de Processo Penal por força do artigo 86 da Lei Antitruste (Lei nº. 8.884/94).

1.2.1.1.3.1 – A garantia da ordem pública

Devido às diversas críticas atribuídas a este critério, bem como sua relação conflituosa com o princípio da presunção de inocência, sua análise será realizada integralmente no último capítulo deste trabalho.

1.2.1.1.3.2 – A conveniência da instrução criminal

A cautela instrumental deverá ser utilizada sempre que necessária para assegurar a instrução criminal. Ou seja, nos casos que o acusado lance mão de recursos ardilosos para elidir ou dificultar a produção de provas, a prisão preventiva poderá ser decretada. Veja-se que a cautela deverá provar-se necessária e não apenas conveniente à instrução criminal. Tourinho Filho nos dá uma lista de exemplos em que se admitiria a decretação da medida: “se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando

²⁰ Câmara, Luiz Antônio, op. cit., p. 115.

quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do juiz elementos úteis ao esclarecimento dos fatos, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítimas ou testemunhas (...) ²². Nestes casos, ou em outros de gravidade equivalente, a cautela instrumental deverá ser adotada.

Interessante observar ainda que, conforme dois acordãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, “a rigor, a instrução criminal vai até a fase das diligências (Código de processo penal, art. 499)” ²³ e dessa forma, encerrada a instrução, a permanência do acusado em custódia cautelar, que tenha por fundamento exclusivamente a conveniência da instrução criminal, torna-se impraticável. ²⁴

1.2.1.1.3.3 – Asseguração de eventual pena

Conforme este pressuposto cautelar, a cautela poderá ser decretada para garantir que eventual sentença condenatória seja executada. Ou seja, a medida cautelar terá lugar quando se suspeitar que o acusado pretenda ausentar-se à execução de futura sentença. A este respeito versou o TRF da 2ª região: “deve o juiz demonstrar que o indiciado ou denunciado já fugiu ou está planejando evadir-se do distrito da culpa, para subtrair-se à ação da justiça. Sem motivação convincente, a prisão cautelar não pode subsistir”. ²⁵

1.2.1.1.3.4 – A garantia da ordem econômica

Eis aqui o pressuposto cautelar inserido no código de processo penal por força da Lei Antitruste (Lei n.º 8884/94), que autoriza a decretação de prisão preventiva para garantir a ordem econômica. Nos parece que a inclusão desta nova

²¹ STF. **RHC 83179 / PE** – PERNAMBUCO. RECURSO EM HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 01/07/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 22-08-2003 PP-00022.

²² Tourinho Filho, Fernando da Costa, op. cit., p. 487.

²³ STF. **RHC 3611 / RJ** - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. Relator: Ministro ADHEMAR MACIEL. Data do Julgamento 29/06/1994. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data da Publicação/Fonte DJ 29.08.1994 p. 22219.

²⁴ STF. **RHC 4261 / SP** - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. Relator Ministro ADHEMAR MACIEL. Data do Julgamento 13/02/1995. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data da Publicação/Fonte DJ 13.03.1995 p. 5316, RSTJ vol. 73 p. 105.

²⁵ TRF 2ª Região. **HC n.º 92.02.06.857/ ES** -, Relator: JUIZ NEY VALADARES. Data do julgamento: 25/05/1992. Órgão julgador: Terceira Turma. Fonte DJ DATA: 23/06/1992 PÁGINA: 18393.

circunstância no rol dos pressupostos cautelares da prisão preventiva tratou-se de verdadeiro equívoco por parte do legislador. Senão vejamos, ao elaborar tal previsão legal o legislador buscou coibir a criminalidade financeira. Entretanto, não nos parece que tal medida encontrará efetividade em impedir os abusos gananciosos daqueles a quem tal medida primeiramente se destina. Para atingir quem é dotado de excessiva cobiça, sanções patrimoniais encontrariam maior fertilidade punitiva, sem dúvidas.

Por outro lado, há de se atentar para a deturpação que este inciso traz à natureza da medida cautelar. Ao decretá-la com base na garantia da ordem econômica o magistrado estará transformando a medida excepcional em “meio de prevenção especial e geral e, portanto, em **punição antecipada**, uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal, bem como a conseqüente desestimulação de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal”.²⁶

Por fim, e somado aos argumentos anteriores, pode-se acrescentar a incrível abrangência que a expressão “garantia da ordem econômica” encontra. A impossibilidade de se estabelecer os contornos conceituais da hipótese nos levam a crer que esta não encontra abrigo justificado no ordenamento legal e, portanto, deveria ser excluída e substituída por outra mais objetiva.²⁷

De qualquer forma, independentemente das críticas apontadas, a previsão legal existe e diversas hipóteses concretas se encaixam nesta. O magistrado estará autorizado a decretar a medida cautelar em casos como o comerciante que “açambarca, sonega destrói ou inutiliza bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência”²⁸ ou ainda aquele que “eleva, sem justa causa, o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado”.²⁹

²⁶ Delmanto Junior, Roberto, **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 192.

²⁷ Câmara, Luiz Antônio, op. cit., p. 120.

²⁸ Art. 4º, IV, da Lei n.º 8137/90

²⁹ Art. 4º, VII, da Lei n.º 8137/90

1.2.1.2 – Fundamentação da decisão

Prevê o art. 315 do Código de Processo Penal: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”.³⁰ Dessa forma, não poderá escapar o magistrado à devida motivação da decisão que decreta ou denega a medida cautelar. Cabe ao juiz, no momento em que a decreta (ou denega) realçar as evidências de existência ou inexistência do crime bem como os indícios (ou a falta deles) de autoria.

Ainda, caberá ao juiz demonstrar que a decisão corresponde à necessidade de se garantir a ordem pública, a devida instrução criminal ou para assegurar a correta aplicação de eventual pena. Não pode o magistrado restringir a liberdade do cidadão sem demonstrar claramente sua necessidade. Neste sentido decidiu o STF: “A prisão preventiva, como exceção à regra da liberdade, é providência excepcionalíssima e, por isso mesmo, só deve ser decretada nas hipóteses arroladas no artigo 312 do Código de Processo Penal, conjugadas com situações reais concretamente demonstradas, a justificarem a necessidade da medida extrema de segregação da liberdade ante tempus”.³¹

Neste mesmo sentido, e com grande lucidez, Hélio Tornaghi arremata:

o juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária a prisão para garantir a ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: ‘considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública...’ ou então ‘a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal...’. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar.³²

³⁰ Além é claro da referência constitucional localizada no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.

³¹ STF. **HC 86620 / PE – PERNAMBUCO**. HABEAS CORPUS. Relator: Min. EROS GRAU. Julgamento: 13/12/2005. Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ 17-02-2006 PP-00059.

³² Hélio Bastos Tornaghi, **Manual de Processo Penal (Prisão e Liberdade)**, São Paulo: Freitas Bastos, 1963, v. II, p. 619-620.

1.2.1.3 – Duração da medida

Das diversas questões que dizem respeito à utilização da prisão cautelar, uma delas encontra especial relevo devido a sua imediata ligação com o direito de liberdade do indivíduo: o tempo de duração da custódia cautelar.³³

De acordo com as propriedades da prisão cautelar, bem como seu caráter excepcional é essencial que seja dotada da maior efemeridade possível. “Assim, todo procedimento penal com prisão deve ser abreviado ou, para usar a linguagem do processualista civil, todo procedimento penal com prisão tem que ser sumaríssimo”.³⁴ Neste mesmo sentido tem julgado o Supremo Tribunal Federal: “A duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, presunção de inocência e razoável duração do processo”.³⁵

No ordenamento nacional não existe previsão que estabeleça o prazo de duração da prisão provisória. Contudo, de acordo com a orientação jurisprudencial, o prazo máximo de duração para a conclusão do processo em primeira instância seria de 81 dias. Estariam incluídos nesta soma todos os atos praticados desde a prisão do acusado e o proferimento de sentença.³⁶

De toda forma, devem ser considerados os tratados internacionais nos quais o Brasil toma parte no tocante a duração da prisão cautelar. De acordo com estes tratados, o acusado tem direito de ser julgado em prazo razoável ou ser posto em liberdade (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, art. 9º, 3, 2ª parte; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, art. 7º, 5, 2ª e última partes), não se admitindo dilações indevidas (Pacto de Nova Iorque, art. 14, 3, c), e o direito do acusado, se jovem ser julgado o mais rápido possível (Pacto de Nova Iorque, art. 10, 2, b; Pacto de San José, art. 5º, 5).³⁷

³³ Câmara, Luiz Antônio, op. cit., p. 121.

³⁴ Prado, Geraldo. “**Prisão e Liberdade no Processo Penal Brasileiro**”. Palestra proferida na OAB de Magé em 19.08.99. Disponível em: <http://www.direitosfundamentais.com.br/html/artigo_prisao_liberdade.asp> Acessado em: 22/08/2006.

³⁵ STF. **HC 86915 / SP - SÃO PAULO**. HABEAS CORPUS. Relator: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 21/02/2006. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 16-06-2006 PP-00028.

³⁶ Câmara, Luiz Antônio, op. cit. p. 121-122.

2 – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 – Considerações iniciais

Dentre as bem sucedidas inovações advindas da Constituição Federal de 1988, podemos considerar como marco histórico a consagração do princípio da presunção de inocência em patamar constitucional.

A presunção de inocência toma assento na esfera constitucional em conjunto de diversos princípios e instrumentos fundamentais derivados do devido processo legal, demonstrando que o constituinte brasileiro “elevou o Direito processual ao seu devido lugar de guardião da liberdade individual”.³⁸

2.2 - Aspectos históricos

2.2.1 – Origem histórica

Muito embora a expressão *in dubio pro reo* não seja sinônima do princípio da presunção de inocência, deve-se ressaltar que sua primeira aparição pode ser verificada desde o direito romano³⁹. Já a presunção de inocência figura como um dos princípios fundamentais da revolução iluminista do século XVIII.

Consagrado na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” em 1789, assim previsto no art. 9º: “Todo homem sendo presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor que não for necessário para garantir a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei”.⁴⁰ Da fórmula estabelecida pela Assembléia Nacional Francesa podemos perceber dois significados imediatos: primeiramente, presume-se a inocência do acusado, logo este não possui o dever de fornecer provas indicando-o como inocente; por outro

³⁷ Delmanto Junior, Roberto, op. cit. p. 235

³⁸ Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, **O processo penal em face da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.95

³⁹ Gomes Filho, Antônio Magalhães, op. cit., p.9.

⁴⁰ Originalmente: “Tout homme étant presume innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas necessaire pour s’assurer de as personne doit être séverement reprimée par la loi”
Tradução livre

lado, o princípio não permite que se restrinja a liberdade pessoal do acusado antes que se comprove sua culpabilidade, salvo casos de necessidade comprovada.⁴¹

A presunção de inocência foi uma das principais conquistas da revolução contra o sistema repressivo do antigo regime. Antes disto, cabia ao acusado demonstrar sua inocência e frequentemente a tortura figurava como modo de se extirpar uma confissão. A lógica do sistema pré-revolucionário transformava atos de instrução em punição antecipada do acusado: “A tortura judiciária, no século XVIII, funciona nessa estranha economia em que o ritual que produz a verdade caminha a par com o ritual que impõe a punição. O corpo interrogado no suplício constitui o ponto de aplicação do castigo e o lugar de extorsão da verdade. E do mesmo modo que a presunção é solidariamente um elemento de inquérito e um fragmento de culpa, o sofrimento regulado da tortura é ao mesmo tempo uma medida para punir e um ato de instrução”.⁴²

De toda forma, apesar do extremo rigor repressivo do antigo regime, a criminalidade cresceu na mesma proporção do desenvolvimento proporcionado pela Revolução Industrial. Assim, os iluministas responderam as exigências sociais com teorias focadas nos direitos do homem e estas “partiam da constatação elementar de que ao processo criminal são submetidos tanto culpados como inocentes, de sorte que à sociedade civilizada é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente”.⁴³

2.2.2 – O debate das escolas penais

Muito embora o movimento revolucionário tivesse firmado novos princípios relativos à persecução penal, a exigência pela punição mais rigorosa da criminalidade culminou, em 1808, no *Code d’Instruction Criminelle* o qual, em detrimento das conquistas liberais, concedia poderes espantosamente amplos ao Juiz, inclusive autorizando o magistrado a expedir um mandado de prisão sempre que considerasse útil.⁴⁴ Segundo Antônio Magalhães, “para o retrocesso

⁴¹ Gomes Filho, Antônio Magalhães, op. cit., p.9.

⁴² Foucault, Michel, **Vigiar e Punir, história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 41.

⁴³ Gomes Filho, Antônio Magalhães, op. cit., p.11.

⁴⁴ Ibidem, p. 12.

contribuíram indiscutivelmente as dificuldades práticas na aplicação dos novos preceitos, decorrentes, sobretudo, do despreparo dos atores jurídicos”.⁴⁵

De toda forma, muito embora na legislação positiva o princípio não tenha repercutido o bastante, a presunção de inocência propiciou importante discussão doutrinária durante o século XIX conforme se pode notar pelos trabalhos desenvolvidos pela denominada Escola Clássica.

A obra de Giovanni Carmignani consagrou de maneira valorosa o tema em questão: “como mais frequentemente acontece que os homens se abstenham de delinquir, a lei consagra a todos os cidadão a presunção de inocência”.⁴⁶

Já para Francesco Carrara, a presunção de inocência constituía pilar fundamental do processo penal. Nas palavras de Jaime Vegas Torres, o eminente processualista italiano considerava a presunção “um princípio estruturador que estende sua eficácia sobre o processo penal no seu conjunto. Todo o processo penal se põe a serviço da presunção de inocência”.⁴⁷ Carrara considerava que todas as garantias processuais derivavam deste princípio, cada uma das regras que disciplinam o processo penal, para ele, encontram seu fundamento na presunção de inocência. Assim, toda infração a estas regras seria um ataque, por fim, a presunção de inocência.

Contrariando a corrente defendida por Carrara, Vincenzo Manzini, o qual defendia a corrente doutrinária da denominada escola técnico-jurídica, considerava a presunção de inocência inaceitável: “uma extravagância derivada dos velhos conceitos, nascidos dos princípios da Revolução Francesa, pelos quais se levam aos mais exagerados e incoerentes excessos das garantias individuais”.⁴⁸ No dizer de Simone Schreiber, “para Manzini, considerando que as presunções são meios de prova indireta através dos quais se chega a determinado convencimento, absoluto ou relativo, com base na experiência comum, é impróprio falar em presunção de inocência. Isso porque, com base na experiência, não se pode afirmar que a maior

⁴⁵ Ibidem, p. 12.

⁴⁶ Giovanni Carmignani apud Souza Netto, José Laurindo de, **A efetividade dos direitos do acusado no processo penal brasileiro**. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2000, p. 198.

⁴⁷ Torres, Jaime Vegas, **Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal**, Madrid: La ley, 1993, p. 22. Originalmente: un principio estructurador que extiende su eficacia sobre el proceso penal en su conjunto. Todo el proceso penal se pone al servicio de la presunción de inocencia (tradução livre)

⁴⁸ Vincenzo Manzini apud Schreiber, Simone, **O princípio da presunção de inocência**, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7198>> acessado em: 29/08/2006. Originalmente: una extravagancia derivada de los viejos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución francesa, por los que se llevan a los más exagerados e incoherentes excesos las garantías individuales. (tradução livre).

parte dos imputados tenha sido declarada inocente ao final do processo. Ademais, a própria imputação se apóia em indícios previamente colhidos contra o processado, o que por si impede que seja presumido inocente. Sustenta ainda que a presunção de inocência, tomada em todas as suas conseqüências, teria que levar, por exemplo, à abolição da prisão cautelar, e tornaria inócua a própria persecução criminal”.⁴⁹

Há de se notar ainda a opinião intermediária de Luigi Lucchini que apoiava a presunção de inocência, porém defendia sua aplicação apenas para os merecedores. Para os criminosos considerava que as investigações e mesmo as providências coercitivas são indispensáveis. Quem partilhou de semelhante opinião foi Carmignani que “ao elaborar um projeto de Código de Processo Penal para Portugal, previra a presunção de inocência, mas favorecendo apenas os cidadãos de antecedentes irrepreensíveis”.⁵⁰

No contraponto da escola clássica se situaram os pensadores ligados ao positivismo criminológico, dos quais se pode destacar Raffaele Garofalo e Enrico Ferri.

Garofalo se destaca pela radical oposição que estabeleceu aos ideais da escola clássica. Contrariamente ao que apregoava Carmignani, Garofalo considerava a presunção mais adequada a de culpabilidade e não de inocência. Para ele, “não se deve presumir a inocência do acusado nem declará-lo culpado; ele é o que é: *imputato*”⁵¹.

Ferri por sua vez admitia que os cidadãos honestos, como mencionado anteriormente, representam extrema maioria diante dos que delinqüem. Contudo, considerava que a sociedade tinha o condão de não absolver um acusado até que sua inocência estivesse devidamente comprovada. Apregoava ainda que a presunção de inocência não se aplicasse “nos casos de crime flagrante ou confissão, ou ainda relativamente aos reincidentes, delinqüentes profissionais, natos e loucos”⁵².

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ Gomes Filho, Antonio Magalhães, op. cit., p. 14.

⁵¹ Ibidem, p 14.

2.3 – A presunção de inocência nos documentos internacionais

O catastrófico episódio da segunda guerra mundial determinou uma reflexão acerca dos valores humanos e a necessidade de se firmar documentalmente garantias fundamentais que permitissem a convivência pacífica entre os países. Assim, em resposta a um dos incidentes mais atrozes da história do homem, três anos após a fundação da Organização das Nações Unidas, mais propriamente no dia 10 de Dezembro de 1948, a Assembléia geral proclamou, mediante votação praticamente unânime ⁵³, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Dentre as diversas garantias elencadas no corpo da Declaração, notadamente no que diz respeito ao processo criminal, pode-se destacar o seu art. 11, 1, no qual se lê: “Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa”.

Dessa forma, a presunção da inocência aparece em conjunto com a garantia de que o acusado, além de presumido inocente, terá assegurado o direito de que todo o procedimento seja público, legal e amparado por ampla defesa.

Posteriormente à Declaração Universal, a ONU proclamou, em 16 de dezembro de 1966, um documento que cuidou detalhadamente das garantias do processo penal: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Além de reafirmar o direito à presunção de inocência, o documento estabelece uma série de garantias mínimas em favor do acusado. Entretanto, apesar da detalhada enumeração de garantias, a ONU não possui meios de garantir a correta aplicação dos direitos proclamados, assim todas as garantias enumeradas resumem-se em recomendações políticas da Comissão de Direitos Humanos. ⁵⁴

Já em solo americano, foi realizada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que praticamente reproduziu as disposições do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Entretanto alguns preceitos presentes no Pacto de San José da Costa Rica não estão presentes no

⁵² Ibidem, p. 15.

⁵³ Foram precisamente 48 votos a favor e 8 abstenções.

⁵⁴ Gomes Filho, Antônio Magalhães, op. cit., p.19.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e vice-versa, de tal maneira que ambos os textos se complementam.⁵⁵

2.4 – A Presunção de inocência na Constituição Brasileira de 1988

Muito embora nas constituições brasileiras que antecederam a atual sempre constasse um grande número de garantias fundamentais, nenhum destes documentos faz referência ao princípio da presunção de inocência. Entretanto, os textos constitucionais anteriores previam que a enumeração dos direitos e garantias não era taxativa, mas sim exemplificativa, permanecendo válidos os preceitos decorrentes da natureza do regime e dos princípios que o informam.⁵⁶ Da mesma forma, a adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou a presunção de inocência como princípio informador do ordenamento jurídico nacional.⁵⁷

O reconhecimento da presunção encontrava respaldo também na jurisprudência. Em julgamento realizado no dia 09/08/1966 o Ministro Antonio Villas Boas concedeu Habeas Corpus ao então prefeito de Goiás por considerar que este gozava de uma “presunção de honestidade” e por isto não poderia permanecer preventivamente encarcerado.⁵⁸ Noutro interessante caso, acerca da validade de preceito da Lei Complementar nº 5/1970, três ministros sustentaram a positividade do princípio da presunção de inocência no ordenamento nacional.⁵⁹

A positivação do preceito na Constituição Federal de 1988 foi consagrada no art. 5º, LVII no qual se lê: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Imediatamente após a entrada em vigor da Constituição de 1988 algumas discussões foram implantadas na doutrina. Primeiramente discutia-se se o princípio adotado pela Carta Magna era realmente a presunção de inocência ou a de não

⁵⁵ Delmanto Junior, Roberto, op. cit. p. 44.

⁵⁶ Constituição de 1981, art. 78; Constituição de 1934, art. 114; Constituição de 1946, art. 144; Constituição de 1967, art. 150, § 35; Emenda n. 1, de 1969, art. 153, § 36.

⁵⁷ Em sentido completamente contrário, Tourinho Filho argumenta que a alegação de que o princípio da presunção de inocência data de 1948 é “até desairosa e ofensiva, posto que jamais foi obedecido” in: Tourinho Filho, Fernando da Costa, op. cit., p. 66-67.

⁵⁸ STF. **HC 43364 / GO – GOIÁS**. HABEAS CORPUS Relator: Min. ANTONIO VILLAS BOAS Julgamento: 09/08/1966. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Publicação: RTJ VOL-38330.

⁵⁹ STF. **RE 86297 / IS – ISRAEL**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. THOMPSON FLORES Julgamento: 17/11/1976. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 26-11-1976 PP-10206.

culpabilidade visto que a redação do princípio era visivelmente inspirada na Constituição Italiana de 1948: “O imputado não é considerado culpado senão depois de condenação definitiva”. De toda forma, muito embora num sentido prático tal discussão não tenha encontrado fertilidade aparente, na própria doutrina italiana grande parte dos autores refere-se ao princípio como presunção de inocência.⁶⁰

Ainda, chegou-se a afirmar que a recepção do princípio da presunção de inocência provocou a inconstitucionalidade da prisão provisória e suas espécies. Sobre este debate a jurisprudência pronunciou-se unânime, indicando que de forma alguma a presunção de inocência implicaria na revogação das modalidades cautelares de prisão: “O dispositivo constitucional invocado pelos cultos e combativos impetrantes não possui o alcance pretendido. Deve ser interpretado em consonância com os demais textos que disciplinam a matéria de prisão. Não há novidade neste preceito e nem possui qualquer influência sobre as formas de prisão preventiva que continuam existentes”.⁶¹; “A Regra da não-culpabilidade – inobstante o seu relevo – não afetou e nem suprimiu a decretabilidade das diversas espécies que assume a prisão cautelar em nosso direito positivo. O instituto da tutela cautelar penal, que não veicula qualquer idéia de sanção, revela-se compatível com o princípio da não-culpabilidade”.⁶²

2.5 – A presunção de inocência e sua relação com a prova no processo penal

O Código de Processo Penal determina na sua redação do art. 156: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. A este respeito podemos concluir que o encargo de provar é regido pelo princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi incumbit ei qui asserite*, ou seja, quem sustenta uma tese, deve prová-la. Se por exemplo, um promotor denuncia um cidadão por lesões corporais, cumpre ao órgão responsável pela acusação levantar elementos probatórios que convençam o juiz sobre o fato alegado. Se por outro lado a defesa alegar fato que exculpe a conduta do cidadão, o ônus da prova recairá sobre a defesa.

Dentro deste sistema a doutrina sugere hipóteses de distribuição do ônus da prova, para alguns esta distribuição se assemelharia ao que ocorre no Processo

⁶⁰ Câmara, Luiz Antônio, op. cit., p. 42.

⁶¹ TJSP, HC 78.842-3.

Civil; para outra parte da doutrina caberia à acusação provar a conduta típica do réu e para a defesa restaria a obrigação de comprovar os fatos que excluíssem a culpabilidade do réu. Contudo, “a dúvida sobre fatos que ensejariam o reconhecimento de uma destas dirimentes não aproveitaria ao réu, pois o Ministério Público teria provado o que lhe competia e a condenação seria uma consequência inarredável”.⁶³ Assim, haveria uma relativização equivocada do princípio *in dubio pro reo* (princípio este que decorre da presunção de inocência), pois a dúvida favoreceria o réu somente nos casos em que o ônus da prova coubesse à acusação.

A resolução do problema se dá pela melhor compreensão dos fatos. Cabe à acusação comprovar a conduta criminosa do réu tanto objetiva quanto subjetivamente, pois a alegação de fatos corresponde exclusivamente a acusação, já que “a defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode se opor à pretensão punitiva do autor”.⁶⁴ Ou seja, à defesa não cumpre provar nada, pois ela somente nega os fatos argumentados pela acusação.

Noutra ponta do problema, no que concerne à disciplina da prova, a presunção de inocência impede que o acusado seja coagido a colaborar na investigação dos fatos. Assim, cabe ao acusado a opção de fornecer seu depoimento ou não e todas as disposições que forçosamente incitarem o acusado à confissão atentam contra o princípio constitucional mencionado.⁶⁵

⁶² STF. **HC 67707 / RS - RIO GRANDE DO SUL**. HABEAS CORPUS. Relator: Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 07/11/1989 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJ 14-08-1992 PP-12225.

⁶³ Jardim, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 206.

⁶⁴ Ibidem, p. 212.

⁶⁵ Gomes Filho, Antônio Magalhães, op. cit., p 40.

3 – PRISÃO PREVENTIVA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.1 – Considerações iniciais

Diante do exposto nos capítulos anteriores, parece muito claro que a presunção de inocência, principalmente após assumir um patamar constitucional, se relaciona diretamente com a prisão preventiva. Ainda, a inclusão do estado de inocência na Carta Magna demonstra uma concepção de processo penal muito diferente daquela que habitava o espírito do legislador responsável pela elaboração do Código de Processo Penal.

Assim, a decretação da prisão preventiva, cuja previsão seria inadmissível numa interpretação mais radical do princípio da presunção de inocência ⁶⁶, deve obedecer a critérios extremamente rigorosos situando-se como medida absolutamente excepcional, tendo em vista as consequências já mencionadas que uma medida cautelar como esta pode provocar.

Sob a ótica da presunção de inocência são inconcebíveis quaisquer formas de medidas cautelares que impliquem em execução antecipatória da pena ou que equiparem o imputado à condição de culpado, mesmo que isto não se faça de maneira expressa.

De acordo com estes argumentos, cabe-nos analisar se os pressupostos cautelares descritos no art. 312 do Código de Processo Penal, bem como a legislação extravagante, estão de acordo com a presunção de inocência.

3.2 – A garantia da ordem pública

Prevista no Código de Processo Penal como um dos pressupostos cautelares autorizativos da prisão preventiva, podemos considerar ordem pública “a situação e o estado normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”. ⁶⁷ Assim, muito embora a decretação de medida cautelar baseada neste requisito não seja

⁶⁶ Ibidem, p. 65

⁶⁷ Tourinho Filho, Fernando da Costa, op. cit., p. 486

necessária aos fins do processo, o entendimento pretoriano considera a perturbação da ordem pública elemento suficiente para o encarceramento do réu.

Existem algumas razões para se contestar o entendimento majoritário da jurisprudência. Primeiramente, a expressão “garantia da ordem pública” é extremamente vaga, ambígua e passível de diversas interpretações, como pode se verificar pelo embaralhamento de conceitos criados pela jurisprudência e doutrina, inexistindo designações exaustivas e precisas sobre o tema.

No entender de João Gualberto Garcez Ramos, “a expressão garantia da ordem pública não é, outrossim, dotada de um único significado. Além de prevenção de cometimento de novos crimes, a medida serve para tranquilizar o meio social e restaurar a credibilidade da Justiça”.⁶⁸ Ou seja, a garantia da ordem pública atua como elemento garantidor da medida cautelar quando não presentes outros pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. Portanto, dada a patente vagueza da expressão, a decretação da medida fica sob exposto juízo de valor do magistrado, o que caracteriza sem dúvida o caráter autoritário do pressuposto.⁶⁹

É recorrente na jurisprudência a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública em face da “gravidade do delito”.⁷⁰ Além da evidente complexidade acerca dos critérios que estabelecem a gravidade de um fato delituoso, esta “se relaciona com as operadoras judiciais do art. 59 do Código Penal, isto é, diz com as circunstâncias de **aplicação da pena e não com a instrumentalidade da prisão**”.⁷¹

Nesta mesma ótica, pode-se afirmar que à garantia da ordem pública estão submetidas todas as finalidades da cautela preventiva que não possuem um aspecto propriamente cautelar, mas constituem “formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social”.⁷² Assim, não se pode negar que a prisão preventiva nestes casos escapa a sua finalidade e constitui verdadeira antecipação da punição, pois pressupõe a culpabilidade do réu.

⁶⁸ Ramos, João Gualberto Garcez, **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 370.

⁶⁹ Lima, Camila Eltz de, **A “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal** in: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Notadez, ano 3, nº 11, 2003, p. 157

⁷⁰ Contrariamente, ver **HC 86371 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS**. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 11/04/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 09-06-2006 PP-00018.

⁷¹ Lima, Camila Eltz de, op. cit., p. 158 (grifos nossos).

⁷² Gomes Filho, Antônio Magalhães, op. cit., p. 67.

Ainda neste rol de argumentos, não se pode ousar esquecer das prisões preventivas decretadas com base na periculosidade do réu. É fácil perceber que nestes casos o juiz faz uso de uma medida cautelar para alcançar uma finalidade penal, qual seja a da prevenção especial. Além de presumir-se a periculosidade do réu, presume-se também sua culpabilidade, pois só pode ser considerado nocivo à sociedade aquele que se encontra no papel de culpado e não de acusado. A este respeito, Ana Cláudia Pinho de Bastos nos transmite valerosa lição: “Corre-se o grande risco de privar alguém de sua liberdade simplesmente pelo que é, num regresso abominável ao direito penal do autor, pois o que se vê nos meios forenses é fundamentar-se a prisão preventiva, para a garantia da ordem pública, no grau de perigo que aquele sujeito (réu ou indiciado) possa representar ao corpo social. Sintetizando, se a pessoa é considerada ‘perigosa’ por colecionar uma folha de antecedentes criminais nada invejável, admite-se a prisão para evitar que venha praticar novos delitos”.⁷³

Ante o exposto, não há jogo de palavras que possa demonstrar a cautelaridade do fundamento “garantia da ordem pública”. A prisão preventiva decretada ante a periculosidade do réu, gravidade do delito ou ainda como meio de defesa social caracteriza prevenção especial a qual somente poderia derivar de um processo judicial e uma sentença transitada em julgado.⁷⁴

Em suma, a garantia da ordem pública quando tomada como fundamento para a decretação de prisão preventiva atenta claramente contra os direitos fundamentais do cidadão. Pois coloca em custódia o indivíduo ainda não julgado devido à medida adotada por critério exclusivamente axiológico do juiz. Medida esta que, por fim, não preenche características propriamente cautelares, “e somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional”.⁷⁵

3.3 – A cautela instrumental

Como já visto anteriormente, o magistrado poderá lançar mão da prisão preventiva para impedir que o acusado mantido em liberdade furte-se a comparecer a atos instrutórios fundamentais para o andamento do processo bem como quando

⁷³ Pinho, Ana Cláudia Bastos de, “**Prisão Provisória: Cautelaridade ou Banalidade?**” in: Revista de Estudos Criminais, nº 03, Porto Alegre: Notadez, 2001, ano 1, p. 87.

⁷⁴ Lima, Camila Eltz de, op. cit., p. 159

tente destruir provas, ameace testemunhas ou ainda qualquer forma de perturbação do regular desenvolvimento do processo. Quando a medida cautelar é decretada para evitar as ações descritas acima, dá-se o nome de cautela instrumental.

À primeira vista, a prisão preventiva de caráter instrumental não fere a presunção de inocência, pois não representa punição antecipada. Contudo, em muitos casos existe verdadeira identificação entre acusado e culpado, pois o temor de que o réu obstruirá o bom andamento do processo demonstra que este não é mais visto pelo órgão julgador como inocente.⁷⁶

Igualmente, existem questões problemáticas e contraditórias no que se refere à cautela instrumental, sob o prisma do processo penal garantista. Primeiramente, nada garante que o encarceramento do acusado impedirá que este não crie obstáculos ao processo, intimidando testemunhas e destruindo provas através de terceiros; sendo assim, de nada adiantaria sacrificar a liberdade do réu, sendo mais eficaz cogitar-se de outros meios para assegurar a segurança das provas e testemunhas.⁷⁷

Por fim, o encarceramento do réu no curso do processo representa clara restrição ao direito de defesa e igualdade processual, pois para garantir a produção de provas acusatórias, limita-se a possibilidade da defesa procurar provas para sua inocência. Neste caso, a excepcionalidade da medida deve ser o critério hamornizador “além da exigência indeclinável de um efetivo contraditório”.⁷⁸

3.4 – A cautela final

Como já analisado, poderá o magistrado prender preventivamente o acusado para assegurar a aplicação da lei penal. Ou seja, como o Estado reconhece a própria incapacidade de cumprir com as conseqüências das decisões por si proferidas, criou esta possibilidade de detenção preventiva “e que revela, no fundo, uma adesão às concepções absolutas da pena, desvinculadas de qualquer conotação utilitária”.⁷⁹

⁷⁵ Lopes Jr., Aury, op. cit. p. 203

⁷⁶ Gomes Filho, Antônio Magalhães, op. cit., p 70

⁷⁷ Ibidem, p. 70.

⁷⁸ Ibidem, p. 71.

⁷⁹ Ibidem, p. 71.

Por outro lado, a decretação da custódia preventiva para garantir um dos possíveis resultados do processo, não ofende, à primeira vista, o princípio da presunção de inocência, pois não há identificação entre acusado e culpado, já que até mesmo o inocente poderá fugir para evitar uma eventual condenação injusta.⁸⁰

Trata-se, pois, de cuidar para uma avaliação mais rigorosa da necessidade de aplicação da medida. Os indícios de culpabilidade bem como da provável aplicação de uma pena de detenção, conforme os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação, devem ser consistentes em desfavor do acusado.

3.5 – A lei de crimes hediondos (Lei n.º 8072/90)

Graças à escalada da criminalidade, explorada sucessiva e irresponsavelmente pela mídia sensacionalista, aos clamores sociais que concebem o delito como o auge da insatisfação humana e que percebem o Direito Penal como único remédio emergencial satisfatório⁸¹, o legislador brasileiro editou, no final dos anos 90, a lei que dispõe sobre os crimes hediondos. Dentre outras providências, prevê fundamentalmente que são inafiançáveis e insuscetíveis de graça, anistia e liberdade provisória os crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

Por conta do caos e da violência urbana, o legislador ordinário ignorou a problemática dos direitos e garantias individuais, sufocou a história dos avanços democráticos da legislação infraconstitucional e “transcendeu os autorizativos constitucionais para imiscuir-se em terreno proibido”.⁸² A crítica ao diploma em comento se traduz uníssona através da doutrina, de forma que Tourinho Filho assim se pronunciou a respeito: “uma leitura de todo aquele diploma legal mostra, à evidência, que os responsáveis pela sua elaboração estavam despreparados”.⁸³

No ponto que interessa mais diretamente a este trabalho, é evidente que a redação da chamada lei de crimes hediondos viola o princípio da presunção de inocência. A impossibilidade de liberdade provisória, medida esta que coloca o

⁸⁰ Ibidem, p. 72.

⁸¹ A este respeito, Francis Rafael Beck assevera: “Cada dia mais se avança em direção a um direito especial ou de exceção (emergencial), correspondente a um desvio dos padrões tradicionais do sistema repressivo, estabelecendo um subsistema que se afasta das normas e princípios válidos para a normalidade” in: **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 268.

⁸² Câmara, Luiz Antônio, op. cit., p. 46

⁸³ Tourinho Filho, Fernando da Costa, op. cit., p. 456.

acusado em custódia durante todo o curso do processo, certamente colide com o estado de inocência, pois implica em cumprimento antecipatório da pena e equiparação do acusado à condição de culpado.

Supondo que existam indícios veementes de inocência do acusado e manifesta colaboração do réu com o bom andamento do processo, a despeito destes elementos, o acusado deverá responder encarcerado a todo o processo, tudo por conta desta estapafúrdia previsão legal.

O maior engano cometido pelo legislador na elaboração da lei de crimes hediondos foi esquecer que não se lança mão de legislação infraconstitucional que imponha, de maneira abstrata, medidas restritivas de liberdade, retirando das mãos do juiz o poder da jurisdição aplicada ao caso concreto.⁸⁴ Como muito bem nos ensina Hélio Tornaghi, a legislação de processo penal não deve restringir bens jurídicos, a não ser quando absolutamente indispensável. Para evitar que presunções e banalizações provoquem situações jurídicas absurdas, deve-se permitir que o magistrado, frente a cada caso concreto, analise e impeça que em nome de uma presunção falha se sacrifiquem importantes bens jurídicos.⁸⁵

Em sede jurisdicional, o STJ apreciou em caso específico a impossibilidade de se manter em custódia provisória o acusado exclusivamente pelo delito configurar crime hediondo: “Consoante entendimento pacificado nesta Egrégia Corte, a segregação provisória não se justifica unicamente pelo fato imputado estar elencado como crime hediondo, sendo indispensável que estejam presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva”.⁸⁶

Dessa forma, fica evidente e inquestionável a violação da presunção de inocência causada pela redação da lei de crimes hediondos. A proibição de liberdade provisória, ausentes os requisitos cautelares da prisão preventiva, baseada em hipóteses taxativas da lei, hipóteses estas fixadas com plano em critérios de gravidade do delito por parte do legislador, não deixam dúvidas que se despreza a garantia constitucional da presunção de inocência em nome de uma norma emergencial que solapa os direitos individuais do cidadão.

⁸⁴ Câmara, Luiz Antônio, op. cit. p. 48.

⁸⁵ Tornaghi, Hélio, **Instituições de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 1978, 3º vol. p. 329.

3.6 – O Estatuto do Desarmamento (Lei n.º 10.826/2003)

A despeito de outras inconstitucionalidades que permeiam a matéria relacionada ao estatuto do desarmamento, no tocante ao assunto tratado neste trabalho há que se falar na previsão trazida pelo estatuto no artigo 21, o qual torna insuscetíveis de liberdade provisória os crimes descritos nos artigos 16, 17 e 18 do mesmo diploma legal.

Pelas mesmas razões já tratadas no tópico anterior, é evidente que tal previsão ofende o estado de inocência previsto na Carta Magna brasileira. Não se pode admitir a edição de uma previsão legal que comprometa diretamente as garantias do cidadão ao determinar que o acusado responderá, independentemente de qualquer circunstância, em custódia o curso de todo o processo. O legislador que prevê tal absurdo, certamente desconhece as condições do sistema carcerário brasileiro, que, assim como as delegacias, apresentam “condições subumanas, de superlotação e com seriíssimos riscos de vida”.⁸⁷

O juízo acerca da custódia cautelar ultrapassa os critérios de gravidade ou taxatividade de determinados delitos. Sem uma fundamentação baseada nos princípios da proporcionalidade, adequação e, sobretudo, necessidade não há como se admitir uma prisão preventiva. E assim o faz este diploma legal, permitindo que o acusado seja tratado como culpado antes que o processo tenha o deslinde condenatório que determine a culpa do réu.

3.7 – A prisão cautelar injusta e sua reparação

Por fim, após a análise de todos os elementos deste trabalho, há que se analisar os casos de prisões cautelares injustas, ou seja, se o acusado permanecer preventivamente encarcerado e após isso for julgado inocente, cabe reparação? É claro que o tempo transcorrido em detenção não poderá ser compensado de forma alguma, porém o patrimônio é passível sim de restauração.

Quando a prisão preventiva configurar evidente erro judiciário constatando que se tratou de medida ilegal ou injusta, certamente caberá o ressarcimento

⁸⁶ STJ. HC 25910 / SP. HABEAS CORPUS. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 17/06/2003. Data da Publicação/Fonte DJ 12.08.2003 p. 249.

⁸⁷ Lopes Jr., Aury, op. cit. p. 194

indenizatório. Contudo, em muitos casos a absolvição nem sempre indica que a prisão cautelar foi errônea; as medidas cautelares são decretadas com base em juízos de probabilidade e não de certeza, “além do que o julgamento definitivo posterior pode ser realizado com outras provas que surgirem depois da decretação da custódia ou, ao contrário, diante do desaparecimento de elementos que hajam servido à decisão cautelar”.⁸⁸

De todo modo, sob a égide do estado de inocência, e em conjunto com o que dispõe o art. 5º, LXXV⁸⁹ da Constituição Federal, todas as hipóteses de prisão cautelar seguidas de absolvição deveriam ser reparadas, pois deve-se considerar o dano sofrido pelo réu, “cuja inocência o próprio Estado reconheceu”.⁹⁰

⁸⁸ Gomes Filho, Antônio Magalhães, op. cit., p. 75.

⁸⁹ Eis a redação do dispositivo: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

⁹⁰ Cabral, Karina Melissa, **Prisão preventiva: um mal necessário**, in: Revista dos Tribunais, nº 844, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, ano 95, p. 465.

CONCLUSÃO

Durante a redação deste trabalho procurou-se não apenas listar e colacionar informações meramente científicas acerca da prisão preventiva e sua relação com a presunção de inocência, mas sim, submeter ao debate aspectos críticos e polêmicos que envolvem o tema. Isto se deu justamente pela importância das instituições jurídicas aqui tratadas bem como seu reflexo imediato nas relações sociais e políticas do país. Não se poderia incorrer, sob pena de total infertilidade acadêmica, no erro de trazer ao exame apenas o que já se sabe e o que está pacificado; há que se discutir e produzir conhecimento e não apenas reproduzir maquinalmente redações consagradas.

É justamente na análise crítica que o estudo deve se focar para evitar que a manualística predomine e o uso de medidas cautelares como a prisão preventiva se multiplique como forma de expressão de um Direito Penal do Inimigo, atropelando garantias e excluindo aqueles que se enquadram na visão quase nazista de “ameaça à ordem pública”.

A mais relevante conclusão que se pode tirar deste estudo, diz respeito ao rigor e o comprometimento com critérios justos e adequados para a decretação de uma prisão preventiva. Por isto que esta análise, além de outras tantas garantias, deve ser feita à luz da presunção de inocência; princípio constitucional vilipendiado pelo legislador irresponsável e por magistrados que não compreendem sua verdadeira função na sociedade (longe da generalização, eis que muitos membros dos poderes legislativo e judiciário não se enquadram nesta crítica, mas com foco em casos concretos já abordados neste trabalho).

Somado a isto, não se deve esquecer que a solução para os problemas ocasionados pela violência não se encontra no inchaço do sistema penal causado pela produção de normas emergenciais que ignoram garantias, mas sim em políticas sociais que coloquem o “outro”, o elemento considerado perigoso, dentro do sistema. Notadamente sobre este tema acerta Eduardo Galeano ao dizer: “o mesmo sistema de poder que fabrica a pobreza é o que declara guerra sem quartel aos desesperados que gera”.⁹¹

⁹¹ GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**: a escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 95

Essencialmente, não se pode olvidar que a prisão preventiva deve estar sempre pautada pelas garantias previstas na constituição. O magistrado deverá atuar como verdadeiro guardião da Carta Magna, e encarar o princípio da presunção de inocência como garantia efetiva no tratamento do acusado. Toda e qualquer prisão preventiva que viole a presunção de inocência e que não seja decretada por exigências cautelares absolutas não será legítima.

Referências bibliográficas

BECK, Francis Rafael, **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CABRAL, Karina Melissa, **Prisão preventiva: um mal necessário**, in: Revista dos Tribunais, nº 844, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, ano 95.

CÂMARA, Luiz Antônio, **Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**, Curitiba: Juruá, 1997.

CARDOSO CUNHA, Rosa Maria, **O caráter retórico do princípio da legalidade**, Porto Alegre: Síntese, 1979.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, **O processo penal em face da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DELMANTO JUNIOR, Roberto, **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, **Código de processo Penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FOUCAULT, Michel, **Vigiar e Punir, história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 1977.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Porto Alegre: L&PM, 1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Camila Eltz de, **A “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal** in: Revista de Estudos Criminais, nº 11, Porto Alegre: Notadez, 2003, ano 3, p. 148-161.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MAIER, Julio **Derecho Procesal Penal.Tomo I: Fundamentos**. 3ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 1998.

PRADO, Geraldo. **“Prisão e Liberdade no Processo Penal Brasileiro”**. Palestra proferida na OAB de Magé em 19.08.99. Disponível em: <http://www.direitosfundamentais.com.br/html/artigo_prisao_liberdade.asp> Acessado em: 22/08/2006.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de, **“Prisão Provisória: Cautelaridade ou Banalidade?”** in: Revista de Estudos Criminais, nº 03, Porto Alegre: Notadez, 2001, ano 1.

RAMOS, João Gualberto Garcez, **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHEREIBER, Simone, **O princípio da presunção de inocência**, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7198>> acessado em: 29/08/2006.

SOUZA NETTO, José Laurindo de, **A efetividade dos direitos do acusado no processo penal brasileiro**. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2000.

_____. **Processo penal: sistemas e princípios**, Curitiba: Juruá, 2003.

TORNAGHI, Hélio Bastos, **Manual de Processo Penal (Prisão e Liberdade)**, São Paulo: Freitas Bastos, 1963.

_____. **Instituições de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 1978.

TORRES, Jaime Vegas: **Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal**. Madrid: La ley, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 2001.